

**CAAD: Arbitragem Tributária**

**Processo n.º: 245/2018-T**

**Tema: IRC – Dedução de juros incorridos em contratos swap.**

## **DECISÃO ARBITRAL**

### **I. RELATÓRIO**

No dia 15 de Maio de 2018, A..., Lda., (adiante simplesmente “Requerente”) com o NIPC ... e com sede em ..., n.º..., ...-..., Cascais, requereu, ao abrigo do disposto na alínea a), do n.º 1, do artigo 2.º do Decreto-lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro, que aprovou o Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária (daqui em diante “RJAT”), e da Portaria 112-A, de 22 de Março, a constituição de Tribunal Arbitral, em que é Requerida a Autoridade Tributária e Aduaneira (adiante simplesmente “Requerida” ou “AT”), tendo em vista a declaração de ilegalidade e consequente anulação do acto de liquidação adicional de IRC e juros compensatórios com n.º 2017..., no valor total de € 50.798,94 e respectiva Demonstração de Compensação com o número 2018..., todos referentes ao ano de 2013.

O pedido de constituição do Tribunal Arbitral foi aceite pelo Exmo. Presidente do CAAD e notificado à Requerida em 22 de Maio de 2018.

O Conselho Deontológico designou como árbitro o ora signatário, que comunicou a aceitação do encargo no prazo aplicável.

Em 05 de Julho de 2018, as Partes foram devidamente notificadas dessa designação, não tendo manifestado vontade de recusar a designação do árbitro, nos termos conjugados do artigo 11.º, n.º 1, alíneas a) e b) do RJAT e dos artigos 6.º e 7.º do Código Deontológico.

Em conformidade com o preceituado na alínea c), do n.º 1, do artigo 11.º do RJAT, o tribunal arbitral singular foi constituído em 25 de Julho de 2018.

Notificada para se pronunciar, a AT apresentou resposta em que peticionou que o pedido de pronúncia arbitral fosse julgado improcedente por falta de fundamentação legal, mantendo-se na ordem jurídica os actos tributários impugnados e absolvendo-se, em conformidade, a entidade Requerida do pedido.

As Partes apresentaram alegações (a Requerente a 06 de Novembro de 2018 e a Requerida a 07 de Novembro de 2018), mantendo os argumentos já expendidos.

A Requerente solicitou ainda, a 09 de Novembro de 2018, a junção de documento pretendendo comprovar o custo de redução do valor de referência do contrato swap com uma das instituições financiadoras, tendo a Requerida pugnado pelo desentranhamento desse pedido por extemporaneidade.

### **Síntese da posição das Partes**

#### **a. Do Requerente:**

Nos termos do pedido de pronúncia arbitral e alegações, entende a Requerente que:

- A Requerente é uma pequena/média empresa no sector da construção e promoção imobiliária;
- Com a crise financeira mundial pretendeu acautelar, tanto quanto possível, a imprevisibilidade da evolução das taxas de juro, contendo-a dentro de limites pré-fixados, a fim de controlar os efeitos de uma subida incomportável das mesmas;
- Para o efeito, aderiu aos contratos de swap de taxas de juro que lhe foram propostos pelos bancos financiadores;
- A evolução das taxas de juro no mercado conduziu a que, nos primeiros, esses contratos tivessem sido muito positivos para a Requerente, assim já não sucedendo, em particular, em relação ao ano de 2013, tendo a Requerente incorrido no pagamento de juros às instituições financiadoras;

- Paralelamente, por virtude da crise no sector da promoção imobiliária entre 2011 e 2014, a Requerente reduziu a sua exposição ao financiamento bancário que, em final de 2013, apresentava um total de € 24.048.599,39;
- Não obstante o montante de exposição ao financiamento bancário, os contratos de swap em vigor em 2013 cobriam o risco de taxa de juro até ao montante de € 41.000.000,00;
- Ainda que a Requerente pudesse ter reduzido o âmbito dos contratos swap em conformidade com a dívida bancária, tal teria um custo muito elevado tendo em conta as condições contratadas;
- Sem prejuízo do posicionamento da AT, entende a Requerente que os juros incorridos devem ser deduzidos como custos para efeitos de determinação do lucro tributável em sede de IRC.

#### **b. Da Requerida:**

Por seu turno, nos termos da resposta e alegações apresentados, defende a Requerida que:

- Tendo em conta os factos apurados, verifica-se que os contratos de swap cobrem um risco real de taxa de juro de montante superior ao da carteira de passivos financeiros que partilham o risco que estava a ser coberto;
- Logo, os gastos incorridos com os swaps correspondentes ao excedente de cobertura de risco, para além dos valores de dívida bancária, não são consideradas operações de cobertura e, como tal, não podem ser considerados para efeitos fiscais pois ultrapassam a totalidade ou parte de uma carteira de passivos financeiros que partilhem o risco que esteja a ser coberto;
- Destarte, estes pagamentos não podem, nos termos do Código do IRC, ser aceites como custos para efeitos fiscais, na parte em que excedem o montante da dívida bancária em 2013, por obediência ao disposto nos artigos 23.º e 49.º do Código do IRC;
- Face ao exposto, entende a Requerida ser de concluir que os contratos de swap firmados pela Requerente não poderiam, como não foram, ser considerados como de cobertura de

forma parcial nos termos do disposto na alínea b) do número 6.º do artigo 49.º do Código do IRC.

## **II. SANEAMENTO**

1. O Tribunal Arbitral é competente e foi regularmente constituído, nos termos dos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), 5.º e 6.º, todos do RJAT.
2. As partes têm personalidade e capacidade judiciárias, são legítimas e estão legalmente representadas, nos termos dos artigos 4.º e 10.º, do RJAT, e do artigo 1.º, da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março.
3. Não foram invocadas exceções que cumpra apreciar.
4. O processo não padece de vícios que o invalidem.
5. No que respeita ao requerimento da Requerente para junção de documento após as alegações, entendendo-se que os elementos de prova devem ser juntos com o pedido de pronúncia arbitral (cfr artigo 10.º, n.º 2, alínea d) do RJAT), deverá o mesmo ser desentranhado dos autos, atendendo-se à prova produzida com o pedido de pronúncia arbitral, resposta e respectivas alegações.

## **III. FUNDAMENTAÇÃO**

### **III.1. MATÉRIA DE FACTO**

A matéria factual relevante para a compreensão e decisão da causa, após exame crítico da prova documental junta à petição inicial, do processo administrativo, da resposta e das alegações do Requerentes e da Requerida, fixa-se como segue:

#### **A – Factos Provados**

- a. A Requerente é uma pequena/média empresa no sector da construção e promoção imobiliária;

- b. A Requerente celebrou contratos swap com os bancos financiadores para reduzir a sua exposição às flutuações de taxas de juro;
- c. No final de 2013, a dívida bancária da Requerente era de € 24.048.599,39;
- d. No mesmo período, os contratos de swap em vigor cobriam o risco de taxa de juro até ao montante de € 41.000.000,00;
- e. Atentas as condições contratuais assumidas, a Requerente teve, em 2013, que fazer pagamentos de juros aos bancos financiadores, os quais se referiam ao valor coberto pelos contratos de swap;
- f. O valor coberto pelos contratos de swap era, à data, superior ao valor da exposição bancária da Requerente;
- g. A Requerente não tinha, no dossier fiscal, a documentação de suporte para os referidos contratos e encargos incorridos, tendo fornecido essa informação a pedido da Requerida no âmbito da inspecção.

### **B – Factos não provados**

Não foram dados como não provados quaisquer factos com relevo para a discussão da causa.

### **III.2. MOTIVAÇÃO**

Relativamente à matéria de facto o Tribunal não tem o dever de pronúncia sobre toda a matéria alegada, tendo antes o dever de seleccionar a que interessa para a decisão, levando em consideração a causa (ou causas) de pedir que fundamenta o pedido apresentado pelos Requerentes.

No tocante à apreciação da prova, o Tribunal formula o seu juízo, em atenção ao princípio da livre apreciação, a partir do exame e avaliação que faz dos meios de prova trazidos ao processo e de acordo com a sua experiência.

Assim a convicção do Tribunal fundou-se no acervo documental junto aos autos bem como nas posições assumidas pela Requerente e pela Requerida.

### III.3. DO DIREITO

#### 1. *THEMA DECIDENDUM:*

Tendo em conta o exposto, a questão controvertida no presente processo, e a que importa dar resposta, será, de forma singela, a seguinte:

O Código do IRC previne a dedução, como custo fiscal, dos juros incorridos em contratos de swap na parte em que os mesmos respeitem à parte coberta pelo contrato que exceda a exposição bancária (montantes em dívida) efectiva?

#### 2. FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO:

No fundo, está aqui em causa a questão de saber se os juros incorridos com os contratos de swap, na parte que se destinam a fazer face à parte coberta pelo respectivo contrato e que exceda a dívida bancária naquele momento podem, ou não, ser considerados como custos para efeitos fiscais.

A este respeito, importará recordar a norma basilar nesta matéria – o artigo 23.º do Código do IRC – quando refere que “[...] *são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC.*”.

Sendo este um dos temas mais controvertidos – e amplamente discutidos – na jurisprudência nacional, importa atentar nas concretizações que têm sido avançadas pelos tribunais portugueses, ainda que a título de mero exemplo:

*“No entendimento que a doutrina e a jurisprudência têm vindo a adoptar para efeito de averiguar da indispensabilidade de um custo (cfr. art. 23.º do CIRC na redacção em vigor em 2001), a AT não pode sindicat a bondade e oportunidade das decisões económicas da gestão da empresa, sob pena de se intrometer na liberdade e autonomia de gestão da sociedade. Assim, um custo ou perda será aceite fiscalmente caso, num juízo reportado ao momento em que foi efectuado, seja adequado à estrutura produtiva da empresa e à*

*obtenção de lucros, ainda que se venha a revelar uma operação económica infrutífera ou economicamente ruinosa, e a AT apenas pode desconsiderar os que não se inscrevem no âmbito da actividade do contribuinte e foram contraídos, não no interesse deste, mas para a prossecução de objectivos alheios (quando for de concluir, à face das regras da experiência comum que não tinha potencialidade para gerar proveitos). [...]. [a] exigência de uma relação de causalidade necessária e directa entre custos e proveitos há muito [foi] recusada pela doutrina e pela jurisprudência.” (Acórdão do STA de 28/6/2017, proc. 0627/16);*

*“[...] o conceito de indispensabilidade dos custos é um conceito indeterminado, tendo cabido à jurisprudência o seu preenchimento, mas de forma casuística, não tendo surgido de tal labor uma definição concreta do mesmo. Mas essa indeterminação não consente que a Administração Tributária para a sua relevância o possa fazer sob o critério da sua razoabilidade ou mesmo necessidade ou de conveniência. [...] A faculdade que a Contribuição Industrial cometia à DGCI no artigo 26.º da CI e que lhe permitia rejeitar a dedutibilidade de determinados custos deixou de existir. A regra de acordo com o CIRC é a de que as despesas correctamente contabilizadas sejam custos fiscais. Como diz também o mesmo aresto ... «o critério da indispensabilidade foi criado pelo legislador não para permitir à Administração Tributária intrometer-se na gestão da empresa ditando como deve aplicar os seus meios mas para impedir a consideração fiscal de gastos que ainda que consabido como custos não se inscrevam no âmbito da empresa». Rui Duarte Morais defende, in *Apontamentos ao IRC*, Almedina Coimbra, 2007, p. 87, que o custo tem de considerar-se indispensável sempre que o encargo que o origina derivou de «uma genuína motivação empresarial – o entendimento dos sócios e/ou gestores da sociedade, os únicos a quem cabe decidir do interesse social». Na esteira, aliás, de António Moura Portugal que, in *A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, pp. 133 e segs., sustenta que «a indispensabilidade tem de ser interpretada em função do objecto societário. Deixando de ser tolerável a utilização do critério de razoabilidade como fundamento para limitar quantitativamente os encargos incorridos pelos sujeitos passivos. A indispensabilidade deve ser aferida a partir de um juízo positivo da subsunção na actividade societária o qual por natureza não deve ser sindicado pelo*

*Direito Fiscal que se não deve imiscuir muito menos valorar as decisões empresariais do contribuinte. Os custos indispensáveis equivalem assim os gastos contraídos no interesse da empresa. A dedutibilidade fiscal do custo deve depender apenas de uma relação justificada com a actividade produtiva da empresa e esta indispensabilidade verifica-se sempre que por funcionamento da teoria da especialidade das pessoas colectivas as operações societárias se insiram na sua capacidade por subsunção ao respectivo escopo societário e em especial desde que se conectem com a obtenção de lucro ainda que de forma directa ou indirecta.» (Acórdão do STA de 5/11/2014, proc. 0570/13);*

*“A interpretação legal do conceito de «indispensabilidade», ao tempo constante do art. 23.º do CIRC, tem sido, como a doutrina e jurisprudência mostram, equiparada aos custos incorridos no interesse da empresa; aos gastos suportados no âmbito das actividades decorrentes do seu escopo societário. Só quando os gastos resultarem de decisões que não preencham tais requisitos é que deverão ser desconsiderados. Ora, tendo os entes societários um escopo ou objectivo social definido nos seus estatutos, com vista à realização do fim para o qual tais entes colectivos se formam – a obtenção de um excedente a repartir pelos sócios – então os actos de gestão que contribuam para tal fim hão-de constituir a actividade das empresas. A actividade produtiva não deverá ser entendida num sentido restritivo, mas sim amplo, significando actividade relacionada com uma fonte produtora de rendimento da entidade que suporta os gastos. [...]. [...] a «actividade» de uma empresa não se esgota, como muitas vezes parece emergir de algumas interpretações, no conjunto de actos operacionais. «Actividade» é também o conjunto de operações que têm por propósito a realização de investimentos ou a alienação de activos, a aquisição de participações financeiras e sua posterior alienação, a aplicação de liquidez em investimentos ou títulos de curto prazo e sua gestão, os recebimentos e pagamentos resultantes de rendimentos e gastos operacionais ou não operacionais, e muitas outras aqui não expressamente referidas. A gestão das empresas tem, no essencial, como propósito obter um excedente a partir do uso dos activos que são detidos pelas entidades económico-empresariais. Tais activos são, até por via da sua classificação normativo-contabilística, divididos em diferentes tipos: activos fixos tangíveis/imobilizados (v.g., máquinas afectas à produção), intangíveis (v.g., patentes de*

*fabricao), activos financeiros (v.g., participações sociais), activos não correntes detidos para venda (v.g., máquina que deixou de estar afecta à produção e se pretende alienar a curto prazo), inventários/existências (v.g., matérias primas) e assim por diante. Constituindo este vasto leque de activos os meios de que a gestão dispõe para gerar rendimentos e excedentes, é natural que a compra de activos físicos para investimentos e sua eventual alienação (desinvestimento), a compra e venda de participações financeiras, a aplicação de liquidez, os recebimentos e pagamentos da actividade, tudo isso faça parte do que se consideram actos normais ou apropriados da gestão de uma empresa.” (Decisão Arbitral de 8/4/2017, proc. 480/2016-T);*

*“O artigo 23.º, n.º 1, do CIRC estabelece a regra de que «consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora». [...]. Segundo Tomás Tavares, «a noção legal de indispensabilidade recorta-se, portanto, sobre uma perspectiva económico-empresarial, por preenchimento, directo ou indirecto, da motivação última para a obtenção do lucro. Os custos indispensáveis equivalem aos gastos contraídos no interesse da empresa ou, por outras palavras, em todos os actos abstractamente subsumíveis num perfil lucrativo. (...) A indispensabilidade subsume-se a todo e qualquer acto realizado no interesse da empresa... A noção legal de indispensabilidade reprime, pois, os actos desconformes com o escopo da sociedade, não inseríveis no interesse social, sobretudo porque não visam o lucro».” (Decisão Arbitral de 6/12/2016, proc. 341/2016-T).*

Ora, resulta de forma ampla da jurisprudência aqui referida, e não só, que o conceito de indispensabilidade de custo deve ser aferido na óptica da empresa, ao momento em que o mesmo se constitui, independentemente de a decisão ter sido, ou não, economicamente acertada.

Assim, e sem discutir a adequação da decisão de contratação de instrumentos de tipo swap para protecção contra o risco de flutuação das taxas de juro atenta a exposição bancária da Requerente, parece decorrer de forma evidente da citada jurisprudência que, sendo este um instrumento de protecção directamente relacionado com a actividade da Requerente, o que

a Requerida não contesta, os juros com ele relacionados (os custos incorridos) deverão ter-se, naturalmente, por dedutíveis.

E, aqui chegados, a isto não obsta a argumentação da Requerida de que *“os gastos incorridos com os swaps correspondentes ao excedente de cobertura de risco, para além dos valores de dívida bancária, não «...são consideradas operações de cobertura... e, como tal, não podem ser considerados para efeitos fiscais pois ultrapassam a «...totalidade ou parte de uma carteira de ... passivos financeiros que partilhem o risco que esteja a ser coberto...»”*.

De facto, não obstante a referência directa da Requerida ao disposto no artigo 49.º do Código do IRC, a verdade é que a mesma subsume os factos a uma norma, sem fundamentar o raciocínio lógico que lhe preside, dela retirando consequências, que a norma não contempla.

Da análise da norma em causa não resulta, em nenhum dos seus preceitos, a desconsideração dos custos incorridos com juros de swaps no caso de o montante coberto ser superior à exposição bancária efectiva.

E também não procure a Requerida fundamentar a sua decisão no facto de a Requerente não dispôr, inicialmente do dossier fiscal devidamente organizado em relação a esta matéria uma vez que, tanto quanto é arguido no processo, e não contestado, a informação solicitada foi devidamente submetida em sede de inspecção.

Por último, sempre se dirá, seguindo, nesta sede, a linha de raciocínio da Requerente, que a colher a interpretação seguida pela Requerida, o que apenas por completude de raciocínio se contempla, sempre teria que ser desconsiderada a totalidade dos juros incorridos (e não a apenas na parte em que o montante coberto exceda o montante da dívida bancária) na medida em que a própria norma invocada pela Requerida refere-se à operação (de cobertura) como um todo, importando, caso fosse esse o caso, a sua integral desconsideração.

#### **IV. DECISÃO**

Com base nos fundamentos de facto e de direito acima enunciados e, nos termos do artigo 2.º do RJAT, decide o Tribunal Arbitral:

- I) Julgar totalmente procedente o pedido de pronúncia arbitral;
- II) Anular a liquidação adicional de IRC e juros compensatórios com n.º 2017..., no valor total de € 50.798,94 (cinquenta mil, setecentos e noventa e oito euros e noventa e quatro cêntimos) e respectiva Demonstração de Compensação com o número 2018... com o consequente reembolso dos montantes indevidamente pagos;
- III) Condenar a Requerida ao pagamento de juros indemnizatórios devidos desde a data do pagamento do imposto.

**VALOR DO PROCESSO:** De harmonia com o disposto no artigo 306.º, n.ºs 1 e 2, do CPC, 97.º-A, n.º 1, alínea a), do CPPT e 3.º, n.º 2, do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária, fixa-se ao processo o valor de € 50.798,94 (cinquenta mil, setecentos e noventa e oito euros e noventa e quatro cêntimos).

**CUSTAS:** Calculadas de acordo com o artigo 4.º do Regulamento de Custas nos Processos de Arbitragem Tributária e da Tabela I a ele anexa, no valor de € 2.142,00 (dois mil, cento e quarenta e dois euros), a cargo da Requerida tendo em conta a procedência do pedido de pronúncia arbitral.

Lisboa, 24 de Janeiro de 2019

O Árbitro,

José Calejo Guerra

Texto elaborado em computador, nos termos do n.º 5 do artigo 131.º do CPC, aplicável por remissão da alínea e) do n.º 1 do artigo 29.º do DL 10/2011, de 20 de janeiro.

A redação da presente decisão rege-se pelo acordo ortográfico de 1990.